JURISPRUDÊNCIA

TC nº 2.175/95*40

Licitação - dispensa - emergência - serviços e obras de operação e vigilância do aterro sanitário - essencialidade dos serviços - impossibilidade de conclusão do procedimento licitatório - complexidade do objeto - lavratura extemporânea justificada - publicação extemporânea e remessa intempestiva - Aditamento - prorrogação de prazo e alteração do valor - ajuste e aditamento acolhidos com imposição de multa - Recurso - não provimento - Lei 8666/93, art. 24, IV - lei 10544/88, art. 64, IV, art. 76, § 3º - art. 66, § 2º, art. 79 § único - Lei 9167/80, art. 52, I - Decreto 26.950/88, art. 12, § único.

Exmo. Sr. Cons.º Relator

Versa o presente sobre o Contrato nº 002/Limpurb/95 e respectivo Termo de Aditamento nº 001, firmados com a empresa Enterpa Engenharia Ltda., para a execução das obras e serviços de operação, manutenção e vigilância do Aterro Sanitário São João. A contratação efetivou-se com dispensa de licitação, em razão da emergência.

Os órgãos técnicos desta Corte divergiram a respeito da matéria.

A A.T. Engenharia elaborou um extenso trabalho de pesquisa, do qual decorreu um histórico das contratações emergenciais realizadas pela origem, para os mesmos serviços, denotando o uso excessivo da hipótese de dispensa em causa (fls. 39/43). Aud considerou formalmente regular o Termo Aditivo, apontando, no entanto, uma série de impropriedades no contrato original (fls. 135 e 154).

A A.T. Jurídica manifestou-se, de início, pela irregularidade da despesa (fls. 68), opinando, após, pelo acolhimento do ajuste, na esteira de decisões deste Tribunal em casos análogos (fls. 167 e 191), no que foi acompanhada pela douta Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 197/199).

Entendo efetivamente caracterizada a emergência, no caso. Sendo o procedimento de licitação necessariamente lento, dadas as formalidades rígidas a que se submete, sua adoção poderia resultar no colapso da destinação final do lixo coletado pela Prefeitura, na cidade, pondo em risco a saúde da população e a qualidade do meio ambiente.

A essencialidade dos serviços aqui tratados é, de resto, demonstrada na própria cláusula contratual que estabelece a obrigatoriedade da recepção do lixo, pela contratada, 24 horas por dia (4.3. l).

Resta assentar se se verificou no caso a emergência real ou a emergência 'ficto' ou 'fabricada', segundo a distinção efetuada pela doutrina. Consoante essa classificação, é real a emergência resultante do imprevisível. E 'ficta' ou 'fabricada' é a emergência resultante de ato ou omissão do funcionário, que deixou de tomar, ou tomou insatisfatoriamente, as medidas requeridas para a contratação. "Em tais casos, diz Diógenes Gasparini, "há negligência, não urgência. Apesar disso, contrata-se, e pela negligência responderá a autoridade omissa" (Direito Administrativo -Saraiva - 2ª ed. 1993, p. 327).

Em sua defesa, a origem invoca a complexidade da licitação e a conseqüente necessidade de demora na elaboração do edital respectivo, que acarretaram, inclusive, a contratação da gerenciadora Logos Engenharia S.A., para o preparo dos elementos técnicos a serem integrados ao Edital.

Traz, além, disso, uma informação relevante, consistente no fato de se ter processado a concorrência 002/SSO//96, tendo sido celebrado o contrato nº 14/Limpurb/96, objetivando a execução dos serviços em pauta, o que demonstra terem cessado as contratações sucessivas de emergência (fls. 174). Finalmente, lembra que a mesma questão foi examinada pelo Tribunal em diversos processos, tendo sido acolhidos os ajustes examinados (fls. 176).

Na análise do contrato que mais de perto interessa, por ter sido firmado na mesma época e com a mesma empresa - objeto do TC nº 72.002.176.95*03 - constata-se, efetivamente, que pelas mesmas razões aqui invocadas, o Tribunal acolheu o ajuste, sem adotar a sugestão de apuração de responsabilidades, ali também oferecida, por reputar "real" a emergência caracterizada.

Nenhuma razão milita em contrário à tese então adotada.

No tocante à questão do empenho, vale lembrar a doutrina que o considera simples operação financeira de caráter contábil, sendo normalmente posterior, ou no mínimo concomitante à constituição da obrigação, que não é por ele promovida, mas pela lei ou pelo contrato gerador da despesa (José Afonso da Silva *in* Orçamento-Programa no Brasil - Revista dos Tribunais - São Paulo - 1972, p.339 e Hely Lopes Meirelles *in F*inanças Municipais - Revista dos Tribunais - São Paulo. 1975., p.179).

Nos termos dessa doutrina, o empenho deve ser anterior ao pagamento da despesa, não à assunção da obrigação, que lhe é normalmente precedente. Nesse sentido a lição de J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis: "Necessário se torna esclarecer que a expressão Realização da Despesa significa pagamento" (in A Lei 4.320 Comentada - 22ª ed., IBAM, Rio de Janeiro - 1990 - p.105).

De outro lado, cristalizou-se na área contábil e financeira o entendimento de que o empenho deve ser anterior à "assunção da obrigação", sob pena de

se caracterizar o "empenho a descoberto", sendo essa interpretação longamente prestigiada neste Tribunal.

De qualquer forma, mesmo considerada a interpretação superiormente adotada, forçoso é convir que a atividade prescrita para uma situação normal não incide em circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis, que se verificam na situação de emergência ou de calamidade pública. O caso é excepcional e como exceção há de ser tratado.

Sou, pois, pelo acolhimento do ajuste, na esteira dos precedentes deste Tribunal, invocados pela defesa e na manifestação de fls. 167.

À consideração de Vossa Excelência.
São Paulo, 31 de março de 1.997

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

Egrégio Plenário

Em julgamento o contrato nº 002/LIMPURB/95, firmado com a ENTERPA ENGENHARIA LTDA., tendo por objeto a execução de obras e serviços de operação e vigilância do Aterro Sanitário São João.

Julga-se, ainda, o T.A. nº 01/95, que prorrogou o prazo do ajuste e alterou o valor contratual.

A contratação se fez por emergência, fundamentada no inciso IV do art. 64 da Lei Municipal nº 10.544/88.

AUD-I apontou, em relação aos instrumentos:

Contrato:
a) extemporaneidade na sua lavratura, com atribuição de efeitos financeiros retroativos (infringência ao art. 60 do Lei Federal nº 4.320/64 e do § 2º do art. 76 da Lei Municipal nº 10.544/88);
b) publicação no D.O.M. em desacordo com o prazo do § único do art. 79 da Lei Municipal de Licitações;

T.A. nº 01/95
a) lavratura extemporânea do Termo, ressalvando-se a circunstância de que o despacho autorizatório foi exarado na vigência do contrato.

Destaco, a par do apontado por AUD-I, que a remessa da documentação a esta Corte não obedeceu as prescrições do § 2º do art. 66 do diploma legal municipal.

Em seus estudos, posicionou-se a A.T./Jurídica, em pareceres do Sr. Assessor Técnico Dr. Roberto Rodrigues e a I. Assessora Chefe, Dra. Clélia Rodrigues Martho pelo desacolhimento do contrato, posto que entenderam não caracterizada a emergência.

A Origem interpôs defesa, às fls. 172/176, propugnando pela justeza e legalidade de seus atos.

Analisando-a, o Sr. Assessor Dr. Roberto Rodrigues manteve seu ponto de vista. Entretanto, a Sra. Subchefe, Dra. Roseli de Morais Chaves opinou pelo acolhimento dos instrumentos.

Pela aprovação manifestaram-se a P.F.M. (fls. 197/199) e S.D.G. (fls. 200/203).

É o relatório.

São Paulo, 08 de julho de 1997.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

V O T O:

Na esteira de votos por mim proferidos em julgamentos de outros T.C's., que cuidaram do mesmo assunto dos autos, entendo que a emergência se fez presente, justificando a dispensa de licitação.

Parece-me, ademais, não ter sido comprovada a incúria do agente público, que, diante da essencialidade dos serviços e dos entraves administrativos, nada mais lhe restou, se não a contratação em estudo.

A legislação municipal regedora da matéria, permite que o ordenador da despesa determine, diante da situação excepcional, o início imediato dos serviços para, ao depois, tratar da lavratura do instrumento contratual e pagamento do que é devido à contratada (§ único do art. 12 do Decreto nº 26.950/88).

Forçoso é convir, como se expressou S.D.G., em sua fala de fls., que "a atividade prescrita para uma situação normal não incide em circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis, que se verificam na situação de emergência ou de calamidade pública."

"O caso é excepcional e como exceção há de ser tratado", finalizou o D. Sr. Secretário-Diretor Geral.

Não se há de mencionar, pois, atribuição de efeitos financeiros retroativos.

Esclareça-se que não procede a afirmativa de AUD no sentido de que o Termo Aditivo foi lavrado extemporaneamente, uma vez que a Lei nº 10.544/88 não fixa prazo para sua instrumentalização.

Aliás, tal posição do Tribunal é do conhecimento daquele Departamento, uma vez que lhe foi determinado, pelo T.C. nº 9.743.89-31, para não mais apontar extemporaneidade em casos como o dos autos, por lhe faltar embasamento legal.

Por todo o exposto, VOTO pelo acolhimento dos instrumentos.

Em face da reiteração, pela Origem, no desatendimento do prescrito no § 2º do art. 66 da Lei Municipal nº 10.544/88, aplico ao Ordenador da Despesa pena de multa de 95,32 UFIR's, com fundamento no art. 52, inciso II, da Lei nº 9.167/80, c.c. art. 133 do Regimento Interno.

Dê-se ciência à AUD do contido neste voto, na sua parte expositiva, "in fine".

São Paulo, 23 de julho de 1997.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC n º 72.002.175/95-40, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES, após vista que lhe fora concedida na 1.749ª S.O..

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos do Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator e do Conselheiro Substituto JOÃO ALBERTO GUEDES – Revisor, em acolher os instrumentos sob exame, aplicando ao ordenador da despesa multa de 95,32 UFIR's, com fundamento no art. 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9.167/80, combinado com o art. 133 do Regimento Interno desta Corte, em face da reiteração, pela Origem, no desatendimento do prescrito no parágrafo 2º do art. 66, da Lei Municipal nº 10.544/88.

ACORDAM, ainda, por maioria, em dar ciência ao Departamento de Auditoria I, desta Corte, do contido no voto proferido pelo Conselheiro Relator, na sua parte expositiva, "in fine".

Vencido o Conselheiro EURÍPEDES SALES, que votou pela irregularidade do contrato e respectivo termo aditivo sob exame, determinando, quanto ao Senhor Paulo Gomes Machado, Diretor do Departamento de Limpeza Urbana – LIMPURB, à época, a emissão de oficio ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, com o objetivo de enquadrar os atos praticados nos ditames da Lei Municipal nº 8.989/79; determinando, outrossim, que se oficie ao Ministério Público.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto JOÃO ALBERTO GUEDES – Revisor, e o Conselheiro EURÍPEDES SALES.

Ausente o Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto JOEL TESSITORE..

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de julho de 1997.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

RELATÓRIO

Examinando contrato e aditivos provenientes do Departamento de Limpeza Urbana – LIMPURB, da Secretaria de Serviços e Obras, este Tribunal houve por bem aprová-los, aplicando, contudo, ao ordenador da despesa a pena de multa de 95,32 Unidades Fiscais de Referência – UFIR's, com fundamento no artigo 52, inciso II da Lei nº 9.167/80, combinado com o artigo 133 do Regimento Interno desta Corte, à vista da reiteração pela Origem, no desatendimento das prescrições do parágrafo único do artigo 79 e do parágrafo 2º do artigo 66 da Lei Municipal nº 10.544/88, com a redação dada pela Lei nº 11.100/91, no que concerne aos prazos de publicação dos ajustes 20 (vinte) dias e de remessa da documentação a esta Corte 8 (oito) dias.

Inconformado, o Senhor Paulo Gomes Machado, Diretor do Departamento de Limpeza Urbana – LIMPURB, apresentou manifestação, dentro do prazo recursal e na qualidade de ordenador da despesa, alegando que, à época, aquele departamento não dispunha de procurador, cabendo a funcionários da Secretaria de Serviços e Obras a prestação de serviços necessários ao desenvolvimento dos trabalhos. Assim, somente após elaborados pela equipe daquela Secretaria, eram os instrumentos

encaminhados ao Departamento de Limpeza Urbana – LIMBURB para assinatura, retornando em seguida à Secretaria para as providências subsequentes.

A responsabilidade por eventuais atrasos na publicação dos ajustes e na sua remessa a esta Corte não seriam, portanto, de responsabilidade do referido Departamento.

Sustenta, ainda, que, se aprovados o contrato e os termos aditivos, não se fariam presentes irregularidades capazes de acarretar sanção, figurando-se, ao que se depreende da sua argumentação, um contra-senso a punição imposta.

Invoca, por fim, o artigo 55, parágrafo único, da Lei Orgânica deste Tribunal, solicitando o cancelamento da multa porque inexistentes má-fé e prejuízo ao erário, além do que, tratando-se de atos que envolvem a participação de vários servidores, não pode a responsabilidade ser imputada a um único agente, ainda mais considerando as precárias condições de trabalho do serviço público.

A Assessoria Técnica-Jurídica propõe o conhecimento do recurso porque tempestivo, mas o seu não provimento, considerando que, por força do artigo 19, parágrafo primeiro da Lei nº 9.167/80, é o ordenador da despesa da unidade orçamentária o responsável direto por elas, a não ser que fique apurada a responsabilidade de outrem, o que não ocorreu na espécie.

A douta Procuradoria da Fazenda é pelo acolhimento do recurso para ser tornada insubsistente a pena aplicada ao recorrente.

Por último, manifestou-se o Senhor Secretário-Diretor Geral pela manutenção da punição imposta, ressaltando:

> "Com efeito, porque, conforme evidenciado pela Assessoria Técnica Jurídica em sua manifestação de fls. 282/284, que acompanho, ficou evidenciado pelo respeitável Acórdão, que o titular da unidade orçamentária (Departamento de Limpeza Urbana – LIMPURB) descumpriu, com reiteração, o atendimento às prescrições de atos formais estabelecidos em lei e nas Instruções nº 01/92, deste Egrégio Tribunal. Sob tal aspecto, pois, pouco importa a ausência de eventual prejuízo ao erário, de cuja reposição não se cogitou. O artigo 134 "caput", do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município (Resolução nº 03/81) estabelece que a desobediência aos prazos fixados na Lei nº 9.167/80, bem como ao Regimento, ou ainda às Instruções deste Egrégio tribunal sujeitam o infrator a pena de multa. Assim, e apesar do parágrafo único do dispositivo citado estabelecer a possibilidade que evidencie a inexistência de má fé ou a ocorrência de força maior, de livre convencimento do Corpo Julgador, inocorreu nos autos a prova daquelas circunstâncias que pudesse ensejar o livre convencimento

do Colegiado. Portanto, a penalidade aplicada, neste aspecto, restou cabível e escorreita.

Ademais, carece de fundamento, a meu ver, a alegação do recorrente nos sentido de que não ficou identificado o ilícito administrativo praticado. Isto porque o próprio recorrente reconheceu, em sua manifestação às fls. 276, que "as cominações de caráter sancionatório, pressupõem um ato ou omissão contrárias às normas vigentes". Ora, foi exatamente isso o que ocorreu na hipótese. A aplicação de penalidade derivou do reiterado descumprimento das normas legais de regência, fato aliás não negado pelo interessado, daí resultando a legitimidade da sanção aplicada."

É o relatório.

Plenário Cons.º Paulo Planet Buarque, 27 de maio de 1998.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO

Acolhendo integralmente os pareceres da Assessoria Técnica-Jurídica e do Senhor Secretário-Diretor Geral, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, conheço o recurso, por tempestivo, mas nego-lhe provimento, mantendo integralmente o venerando acórdão recorrido.

É o meu voto.

Plenário Cons.º Paulo Planet Buarque, 15 de julho de 1998.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC n º 72.002.175/95-40, ora em grau de recurso, reincluídos em pauta, na presente sessão, pelo Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, após solicitação de adiamento para proferir o seu voto, na 1.809ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso, por tempestivo, e, no mérito, em negar-lhe provimento, mantendo integralmente o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto RUI CORRÊA – Revisor, o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO e o Conselheiro OCTÁVIO SAVÉRIO CÚRCIO..

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto FRANCISCO COLLET E SILVA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de julho de 1998.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator